

Neoconstitucionalismo y ponderación

Jesús Antonio Camarillo H.*

En los últimos años, particularmente a partir de la irrupción del modelo teórico denominado neoconstitucionalismo, se ha considerado por un buen número de teóricos de la Constitución, que la misma debe ser entendida no tanto como un texto integrado por simples normas, sino más bien como un texto impregnado de principios. A partir de esta perspectiva se sugiere que los métodos tradicionales de interpretación del derecho poco tienen que decir cuando de interpretación constitucional se trata, puesto que son modelos que tienen una concepción del derecho que se agota en un complejo o conjunto de normas, dejando fuera la noción de los principios.

La perspectiva neoconstitucionalista puede ser caracterizada como *principialista*, cuyos rasgos más típicos podrían ser, siguiendo a Susana Pozzolo, los siguientes: la adopción de una noción particular de la Consti-

tución que corresponde a una concepción axiológica sobre la misma; la defensa de la tesis según la cual el derecho también se integra por un conjunto de principios que son susceptibles de interpretación; la idea de que todo el derecho debe interpretarse siguiendo la técnica de la ponderación; y, finalmente, la tesis de que la jurisprudencia desempeña una función creativa e integradora que resulta fundamental para cualquier ordenamiento jurídico constitucionalizado.¹

También en la línea de la caracterización del neoconstitucionalismo, Paolo Comanducci ha sugerido una clasificación que toma como punto de partida la conocida distinción que Norberto Bobbio realizó con relación a los distintos tipos de positivismo jurídico. De manera análoga, Comanducci ha utilizado esta tripartición al identificar tres tipos de neoconstitucionalismos: en primer término, el

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

¹ Pozzolo, Susana, citado por Salazar, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. UNAM, IJ, 2006, pp. 198, 199.



neoconstitucionalismo teórico, cuya tarea es describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. Afirma Comanducci que “como teoría, el neoconstitucionalismo representa una alternativa respecto a la teoría

iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatismo, legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”.² En segundo término, es posible, según este autor, hablar de un neoconstitucionalismo ideológico, mismo que no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y pugna por su defensa y ampliación. En su versión ideológica, subraya Comanducci, el neoconstitucionalismo se aparta del constitucionalismo tradicional al dejar en un segundo plano

el objetivo de la limitación del poder estatal y privilegiar el objetivo de garantizar los derechos fundamentales.³ Finalmente, en su tipología, el autor italiano alude a un neoconstitucionalismo metodológico. Esta versión neoconstitucionalista recuerda y al mismo tiempo se opone al positivismo metodológico y conceptual que distingue entre el derecho como es y el derecho como debería ser y que sostiene la tesis de las fuentes sociales y de la no conexión necesaria entre derecho y moral, al menos respecto de situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral.⁴

Otra de las grandes claves de la corriente neoconstitucionalista es la distinción trazada por Ronald Dworkin entre normas y principios. Recordemos que para Dworkin las normas jurídicas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que la norma produce debe ser aceptada, o bien no es válida, y entonces no aporta nada a la decisión.⁵ Se diría entonces que la norma entra al juego “del todo o nada”. En cambio, los principios no funcionan así. Un principio, para Dworkin, enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Aún más, pueden existir otros principios

2 Comanducci, Paolo. *Constitución y teoría del derecho*. Fontamara, México, 2006, p. 76.

3 *Ibidem*, pp. 78-80

4 *Op. cit.*, páginas 80-81.

5 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Planeta-De Agostini. Barcelona, 1993, páginas 74-77.

que apunten en dirección contraria y en cuyo caso es posible que uno de los dos principios en colisión no prevalezca, pero eso no significa que ese principio sea expulsado del sistema, puesto que, en otro caso posterior, cuando las consideraciones contrarias no existan o carezcan del peso que ahora tienen, ese principio puede tornarse decisivo para el razonamiento de los jueces. Pero, además, en la tesis de Dworkin, los principios tienen una dimensión de peso o importancia de la que carecen las normas. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.⁶

En la misma línea argumentativa, Robert Alexy ha considerado a los principios del derecho como mandatos de optimización, sosteniendo que el núcleo de la diferencia entre reglas y principios es que éstos pueden entenderse como mandatos que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas que entran en juego. Los principios, a diferencia de las reglas o normas, pueden ser cumplidos en diversos grados y la medida ordenada de su cumplimiento no depende solamente de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas. Ese campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.⁷ Las normas, a diferencia de los principios, exigen un cumplimiento

pleno y pueden, por ende, ser cumplidas o incumplidas.

Extrapolando la distinción entre reglas y principios al terreno de la aplicación, el neoconstitucionalismo y un sector de la Teoría de la argumentación sostienen que para aplicar las normas jurídicas la subsunción o la aplicación silogística podría surtir efectos; pero en el caso de la aplicación de principios, y particularmente en el caso de la colisión entre principios constitucionales, el silogismo tendría poco que hacer. Es aquí donde, en su visión, debe entrar el mecanismo de la ponderación. La ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios, en donde el perfil o delimitación entre los mismos se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. La ponderación presupone que no hay jerarquías internas en el texto constitucional, es decir, no hay una jerarquía entre valores o principios y el nivel de prioridad de cada uno debe ser determinado en cada situación específica.⁸ En ese sentido, Gustavo Zagrebelsky ha sostenido que en una sociedad pluralista es imposible formalizar y establecer una tabla jerárquica entre los principios,



⁶ *Op. cit.*, página 77.

⁷ Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Fontamara, México, 1993, página 14.

⁸ Cárdenas, Jaime. *La argumentación como derecho*. UNAM, México, página 150.

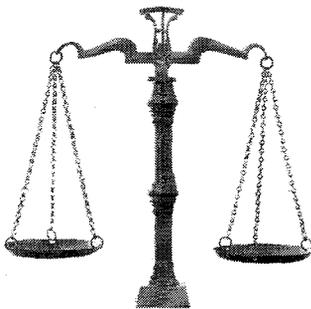
por lo que no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino solamente una prudencia en su ponderación.⁹

Para entender mejor la idea de la ponderación en la colisión entre principios, se puede recurrir a la pugna entre el derecho a la información y el derecho a la privacidad o al honor. De antemano, no se puede fijar en abstracto cuál de los dos derechos básicos se debe privilegiar en detrimento del otro. Todo dependerá del contexto en el que el caso concreto se produzca. Contexto en el que la faceta social que cada sujeto involucrado desempeña juega un papel importante. Así lo ha entendido, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar que la protección de la intimidad y el honor de los funcionarios debe ser considerada menos extensa que el resto de los ciudadanos, porque los funcionarios públicos han aceptado de manera voluntaria exponerse al escrutinio público y, por ende, las denuncias y demandas relacionadas con afectaciones a la

reputación de los servidores públicos deben ser ponderadas de manera diferente que los casos en los que se ven agraviados ciudadanos comunes.

Pero así como el derecho a la información y el derecho a la reputación chocan, existen múltiples principios y derechos fundamentales que pueden entrar en colisión. Podría decirse que en cada caso trágico, entendido como un supuesto en relación con el cual no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral,¹⁰ la colisión entre principios es inevitable.

Libertad de tránsito, seguridad ciudadana, igualdad, dignidad, vida, paz social, muerte digna, nacionalismos, identidad sexogenérica, entre muchos otros valores y principios, pueden verse enfrentados entre sí, sin que pueda advertirse una solución dogmática y rígida que privilegie de antemano unos sobre otros.



⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta, Madrid, páginas 124-125.

¹⁰ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, página 252.